

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

SENTENCIA PENAL No. 021– 2024

Radicado: 05212 60 00201 2022-00118-2A instancia

PROCESADO:	LEÓN ALEXANDER ÁLVAREZ RIVERA
DELITO:	FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMA DE FUEGO
ORIGEN:	JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO BELLO
ASUNTO:	APELACIÓN DE SENTENCIA
DECISIÓN:	CONFIRMA
M. PONENTE:	HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

(Aprobado mediante Acta Nro. 47)

(Sesión del veinticuatro (24) de abril de dos mil veinticuatro)

Medellín, veintinueve (29) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Fecha lectura.

Desata la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensora del condenado **LEÓN ALEXANDER ÁLVAREZ RIVERA**, contra la sentencia, vía preacuerdo, proferida por la Juez Segunda Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, el 5 de diciembre de 2022, mediante la cual lo condenó como autor responsable del delito de **FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMA DE FUEGO**, imponiéndole la pena principal de **(54) meses de prisión**, al tiempo que le negó beneficios y subrogados penales.

1. HECHOS

Según la acusación, el 2 de febrero de 2022, durante un patrullaje policial en la intersección de la Diagonal 59 con la Avenida 47 en el municipio de Bello, agentes de la Policía le pidieron al vehículo con placas FXZ 650 que se detuviera, sin embargo, el conductor desobedeció la orden, lo que los llevó a ordenar un cierre más adelante, en la Diagonal 58 con la Avenida 45, donde el vehículo fue retenido. Tras registrar

a sus dos ocupantes, se descubrió que uno de ellos, identificado como LEÓN ALEXANDER ÁLVAREZ RIVERA, llevaba consigo un arma de fuego tipo pistola calibre 0.25, cromada, con el número de serie 099483, además de un cargador y dos cartuchos del mismo calibre, todo esto sin el permiso correspondiente, razón para dejar a su portador a disposición de la Fiscalía General de la Nación, en la correspondiente URI, para su judicialización.

2. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bello, durante la audiencia preliminar del 3 de febrero de 2022, se legalizó la captura en flagrancia y se formuló imputación por el delito establecido en el artículo 365 del Código Penal. El imputado no admitió los cargos, lo que llevó a la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en el domicilio.

Para el 5 de abril de 2022, la Fiscalía presentó escrito de acusación el cual le correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, en donde se convocó a la audiencia de formulación de acusación, la cual se mutó a preacuerdo entre la Fiscalía y el imputado, así se expuso: LEÓN ALEXANDER ÁLVAREZ RIVERA ,aceptó la responsabilidad penal por el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, verbo rector portar, en calidad de autor, y, a cambio, la Fiscalía degradaría la forma de participación de AUTOR a CÓMPLICE, rebajando en un 50% el mínimo de la pena, determinándola en 54 meses de prisión.

En la misma audiencia, la Juez *a quo* manifiesta que una vez revisado el preacuerdo no encuentra objeción, encontrándolo ajustado a la ley; en consecuencia, impartió aprobación al preacuerdo. Seguidamente se llevaron a cabo las previsiones del artículo 447 del C.P.P., donde la Fiscalía recalcó que por el delito endilgado y la condena impuesta no procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria. Por su parte, la defensa solicitó el aplazamiento de la diligencia a fin de recolectar una documentación y presentarla al despacho. La

diligencia continuó el 5 de diciembre de 2022, donde la defensora solicitó se le concediera la prisión domiciliaria a su prohijado en los términos del artículo 38B del C.P., argumentando que la complicidad acordada, afecta los extremos punitivos de la pena, por lo cual, la impuesta es menor a los 8 años de prisión, argumentando que éste no tenía antecedentes judiciales y el delito por el cual se le condenó no está dentro de la prohibición de los consagrados en el artículo 68A *ibid.*

3. LA SENTENCIA

El 5 de diciembre de 2022, la Juez Segunda Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, dictó sentencia condenatoria en contra de LEÓN ALEXANDER ÁLVAREZ RIVERA, argumentando que en la actuación hay elementos como el informe de captura en flagrancia, el acta de incautación de la pistola calibre 25, cromada, marca FRASER MICHIGAN US, con cache de madera color café, No. de serie 099483 con un proveedor y dos cartuchos calibre 0.25, el informe investigador de laboratorio de examen balístico sobre aptitud del arma y la munición, y la certificación donde se indica que el procesado no tiene permiso para el porte de armas, según el registro del CINAR, los cuales consideró suficientes para acreditar los elementos de la conducta delictiva de FABRICACIÓN, TRAFICO O PORTE DE ARMA DE FUEGO O MUNICIONES y el autor de la misma, mediando, además, la manifestación de voluntad acordada de aceptar los cargos, donde se concede la pena del cómplice, la cual se pacta en cuatro años y medio de prisión, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo de la pena principal.

Frente a la solicitud de la defensa de reconocimiento de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión, razona que no resulta procedente toda vez que la jurisprudencia ha señalado que para el acceso a subrogados o sustituciones de pena con ocasión a los preacuerdos, no se debe considerar la pena preacordada, sino la pena establecida para el delito imputado; es decir, no hubo una recalificación de la conducta imputada a efecto del preacuerdo, por el contrario, el núcleo básico de la imputación permaneció incólume y lo que es objeto del preacuerdo es una ficción,

entendiendo que sólo para efectos de la negociación se considera la pena del cómplice, criterio que se explica con claridad por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicado SP359-2022 (54535), la cual es posterior a la numerosa jurisprudencia citada por la defensa.

Concluyó que art 38B, establece la viabilidad de la prisión domiciliaria cuando la pena mínima prevista para el delito sea de 8 años o menos, lo cual no ocurre en este caso, pues el delito perpetrado consagra una pena mínima de 9 años.

También dispuso que la Fiscalía proceda a la destrucción del arma incautada.

Finalmente, declaró penalmente responsable al señor LEÓN ALEXANDER ÁLVAREZ RIVERA, en calidad de autor, del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, imponiéndole la pena principal de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, así como las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término y la privación para la tenencia y porte de armas de fuego por un lapso de cinco (5) año. No le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria, en consecuencia, deberá cumplir la condena en el establecimiento carcelario que designe el INPEC, quien deberá trasladarlo inmediatamente desde su domicilio, pero se le tendrá como parte cumplida de la pena el tiempo que lleva privado de la libertad en su residencia.

4. DE LA APELACIÓN

La defensora de LEÓN ALEXANDER ÁLVAREZ RIVERA, sustentó la apelación argumentando que el disenso no está en punto a la aprobación del preacuerdo, toda vez que comparten ampliamente lo resuelto por el *a quo* en el sentido que el mismo se ajusta al principio de legalidad y respeta las garantías fundamentales del ciudadano procesado y, en ese orden de ideas, no existiría ninguna razón para su reprobación por parte de la judicatura. El disenso está en la negativa del juez de primera instancia en otorgar el subrogado de la prisión domiciliaria.

Aduce que, cuando el implicado acepta su responsabilidad a cambio de que la Fiscalía degrade a cómplice la forma de concurrencia en la conducta punible, al juzgador le corresponde, además de condenarlo a ese título, examinar la pena sustitutiva de prisión intramural conforme a los extremos punitivos, mínimo y máximo, previstos para el cómplice, según lo concluyó la Corte, en providencia del 24 de febrero de 2016, Rad. 45736, cuando analizó un asunto de connotaciones semejantes.

Asimismo, cita jurisprudencia sobre el alcance del concepto de conducta punible y en torno a los preacuerdos, y el efecto de estos sobre la concesión de subrogados, esto es, la posibilidad de reconocer la prisión domiciliaria en estos eventos (CSJ SP, 15 sep. 2004, rad. 19948, reiterada en CSJ SP, 18 nov 2008, rad. 30539; CSJ SP, 24 feb. 2016, rad. 45736; CSJ SP, 31 jul. 2016, rad. 46101; CSJ SP, 23 nov. 2016, rad. 46684, entre otras).

Resalta que su prohijado se encuentra en detención preventiva en su lugar de domicilio desde las audiencias preliminares, y no ha realizado violación de la misma, la cual está siendo vigilada por el establecimiento carcelario Bellavista, quien la ha estado verificando, dando fe de que la cumple a cabalidad en el lugar de detención asignado por el juez de control de garantías.

Reitera que en virtud del preacuerdo el delito por el que fue sentenciado su representado es el del artículo 365 Código Penal, el cual no está excluido de los beneficios y subrogados, como lo tiene previsto el artículo 68A.

Considera que los subrogados deben valorarse de cara al delito aceptado bajo la modalidad que se realizó el preacuerdo que fue aprobado, conforme a los referidos precedentes jurisprudenciales.

Por lo anterior, solicita se modifique el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que el señor LEÓN ALEXANDER



ÁLVAREZ RIVERA aceptó su responsabilidad penal por el delito de FABRICACION, TRAFICO, PORTE DE ARMA DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, en los términos del artículo 365 del C.P. y se revoque el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia concediéndose a favor del señor LEÓN ALEXANDER ÁLVAREZ RIVERA el subrogado de la prisión domiciliaria consagrado en el artículo 38 del Código Penal.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para desatar el recurso propuesto de conformidad con el artículo 34 numeral 1° de la Ley 906 de 2004, con las limitantes del artículo 31 de la Carta Política y 20 inciso segundo de ese estatuto procesal, por ser el defensor apelante único.

En esta oportunidad cabe precisar que, en virtud del recurso de apelación, la Sala adquiere competencia solo respecto del objeto de la misma, por tanto, se ocupará del aspecto debidamente impugnado, pues no se vislumbra afectaciones al debido proceso u otra garantía relacionada con la alzada que deba remediarse de oficio por la Corporación.

Debe ponerse de presente que, en virtud del preacuerdo, el ciudadano **LEÓN ALEXANDER ÁLVAREZ RIVERA** aceptó la responsabilidad penal por la comisión del delito de FABRICACIÓN, TRAFICO O PORTE DE ARMA DE FUEGO O MUNICIONES (artículo 365 del C.P.) y, a cambio, la Fiscalía degradó la forma de participación de AUTOR a CÓMPLICE, por lo cual tendría derecho a una rebaja de 50% de la pena, partiendo de la mínima establecida para el delito porte de arma de fuego, es decir, de nueve (9) años o ciento ocho (108) meses, para una pena a imponer de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión.

El eje central de la inconformidad planteada por la parte apelante se circunscribe a establecer si para verificar la concesión de beneficios y subrogados penales se debe

tener en cuenta el delito imputado o el delito acordado, pues en estos términos fijó la abogada recurrente su inconformidad.

Al respecto existen dos posiciones: la primera es que se debe tener en cuenta el delito realmente cometido; y, la segunda, que es la pena por el delito preacordado, como así lo puso de presente la recurrente.

La Juez *a quo* acogió la primera, la cual también encuentra aval en esta Sala, por estas razones:

Son conceptos diferentes el delito imputado y el delito negociado, pues la responsabilidad penal se establece por el delito que realmente se cometió.

Ciertamente, el preacuerdo no produce cambios en la naturaleza del delito imputado, pues sus efectos son solo de índole punitivo¹, obrar en contrario vulneraría el principio de legalidad, atendiendo a que conforme al poder sancionatorio del Estado "*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa*" y no por el delito negociado.

En el caso concreto, en el preacuerdo se conservó la imputación y se degradó la forma de participación del procesado de autor a cómplice; sin embargo, la condena se debe hacer por la responsabilidad penal de la conducta cometida (autor) y como única contraprestación procede la imposición de la pena por el delito preacordado (complicidad), acogiéndose así las razones expuestas en el salvamento de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier², cuando señaló:

5.7. La condena por el delito cometido no afecta la justicia premial.

La propuesta formulada en este salvamento no afecta la justicia premial que se busca con los preacuerdos, quien a ellos se somete recibe el beneficio punitivo que le corresponde, no se le niega, solo que se le declara culpable por lo que realmente hizo y como consecuencia de aceptar ese cargo se le impone una pena menor que resulta de la tasación conforme al ilícito acordado.

¹ Artículo 353 C.P.P.

² CSJ, radicado 46101 del 1º de junio de 2016.

Queda así precisado por qué para resguardar garantías nunca se puede declarar responsable al procesado en los preacuerdos por la tipicidad convenida en el preacuerdo, sino por la que corresponde a la atribuida en la imputación y que obedece a la estricta tipicidad de los hechos, solo que la pena y los subrogados si deben corresponder a la sanción negociada en el preacuerdo simple, degradado o con readecuación.

5.8. Marco jurídico de las penas para subrogados y beneficios en los preacuerdos.

Resta por decir que en los casos en que el subrogado o beneficio no está prohibido por la Ley, tales mecanismos se rigen por los requisitos relacionados con factores objetivos y subjetivos, éstos últimos se apreciarán conforme a lo demostrado en el proceso y los primeros dependen de marco de punibilidad aplicado para individualizar la pena en el caso concreto y es ese marco o la pena impuesta y no otros los que determinen si hay lugar a conceder o negar el sustituto penal.

Los supuestos para la definición de los subrogados, cuando no se trata de exclusiones o prohibiciones, se circunscribe no a la responsabilidad declarada sino sobre la a la pena impuesta y el marco de punibilidad de donde se deriva ésta.

En las condiciones señaladas, me aparto del criterio mayoritario de la sala, porque a mi juicio refunde en una sola modalidad de preacuerdo las dos hipótesis del inciso segundo del artículo 350 del C.P.P. y les asigna el mismo tratamiento, cuando no es equivalente, como se vio, pues se sostiene que en todos los casos se debe condenar no por el delito imputado sino por la tipicidad que surja de la eliminación de una agravante, un cargo específico o una readecuación de tipo penal, solución ésta que no comparto, además que ello conlleva a admitir situaciones ilegales, desconocedoras de situaciones reglas por la Carta Política”.

Para la Sala, cuando se declara culpable a una persona por un delito que no cometió se afecta el debido proceso penal, el cual repercute no solo en el condenado, sino, además, en los derechos de las víctimas (verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición), los cuales se derivan del numeral 7º del artículo 250 de la Constitución Política, así como en otras figuras jurídicas como la prescripción de la acción penal y el principio de legalidad.

Es claro que los efectos de la negociación se reflejan en la menor pena impuesta, no en vano nuestro legislador dispone en el inciso 2º del artículo 350 del CPP que *"El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, **en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado**, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal:*

(...) 2. Tipifique la conducta dentro de sus alegaciones conclusivas, de una forma específica **con miras a disminuir la pena**". (Se resalta).

La misma sentencia de constitucionalidad³ del artículo transcrito señaló que: "*el fiscal en ejercicio de esta facultad no puede crear tipos penales y que, en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.*"

No fue otra la intención de nuestro legislador que la de conceder una rebaja de pena en razón de los preacuerdos, sin cambiar el delito imputado, mismo por el cual se señala la responsabilidad penal.

A más de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP605-18 (51.341) del 21 de marzo de 2018, aunque expresamente no se dice que se acoge la tesis de que se condena por el delito cometido, se infiere, pues se trata de un preacuerdo en que el acusado acepta cargos por concierto para delinquir agravado, para recibir a cambio, la pena mínima prevista para el mismo tipo penal en su modalidad simple, razón por la cual en la parte resolutive señaló: "*PRIMERO. CONDENAR a AJLM, de condiciones civiles y personales consignadas en este proceso, como autor del delito de concierto para delinquir agravado, quien, por razón del preacuerdo aprobado, se hace merecedor a la pena principal de cinco (5) años y tres (3) meses de prisión*".

Y más recientemente, en Sentencia SP359 de 2022 (Rad. 54535), la Sala de Casación Penal, reiteró que los preacuerdos deben versar sobre una calificación jurídica fundada en la base fáctica (hechos jurídicamente relevantes) y la alusión que se hace a una calificación menos restrictiva, se hace como una ficción solo con efectos punitivos, así lo expresó:

"En ese orden, concierne a la Fiscalía preacordar sobre el supuesto de que el delito que se atribuye tiene una base fáctica, probatoriamente sustentada y que la referencia a una calificación jurídica menos restrictiva, pero carente de cualquier fundamentación, lo es solo para efectos punitivos, de modo que el procesado

³ Corte Constitucional, Sentencia C-1560 del 5 de diciembre de 2005.

comprenda con claridad que la calificación jurídica del punible objeto de imputación o acusación no sufre en esas condiciones variación alguna y que, salvo el pacto a que se haya llegado sobre la pena, la sentencia lo será respecto de la ilicitud materia de aquellos actos, con sus anejas consecuencias.

En esa misma línea debe ser el rol del juzgador, no en fijar una calificación jurídica según su criterio, sino en advertir que el acuerdo lo sea en esos términos y que en torno a ellos el acusado tenga la claridad necesaria; por lo mismo no debe aprobar aquellos pactos que tozudamente varíen la calificación jurídica sin que medie una base fáctica.⁴

Precisado lo anterior y descendiendo al caso concreto, se tiene que el procesado en la negociación admitió su responsabilidad a cambio de que se degradara su participación de autor a cómplice y así recibir una pena inferior a la del delito imputado, fijándose la sanción de *cincuenta y cuatro (54) meses de prisión*, la cual se encuentra acorde al quantum punitivo del delito, como así lo estableció la juez; sin embargo, como se ha expresado, para todos los efectos distintos a la sanción, entre ellos la concesión de beneficios y subrogados penales, se debe tomar el delito imputado más no el negociado, que para el caso es autor del punible de FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMA DE FUEGO O MUNICIONES

Al revisar los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, se advierte que no se cumple con el primero, cual es que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima **prevista en la ley** sea de 8 años de prisión o menos y que, para el caso que nos ocupa, la pena mínima del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMA DE FUEGO O MUNICIONES, es de 9 años de prisión, lo cual es superior a los 8 años de prisión de que trata el artículo 38B del C.P., tal como lo analizó la Juez de primera instancia; por tal motivo, considera esta judicatura, no es viable concederle estos beneficios al condenado LEÓN ALEXANDER ÁLVAREZ RIVERA, siendo innecesario entrar a analizar los requisitos restantes.

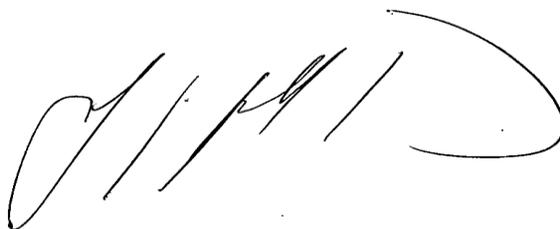
Tampoco es posible tener en consideración los aspectos familiares, sociales y económicos del procesado para poder otorgar la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, pues como viene de anotarse, no se cumple con el requisito

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP 359/2022 RAD. 54535.

objetivo consagrado en el numeral 1° del artículo 38B del C.P., por lo tanto no se hace necesario entrar a analizar aspectos como el arraigo familiar o el comportamiento del condenado durante el cumplimiento de la medida de detención preventiva en su lugar de residencia. Así las cosas, sin necesidad de mayores consideraciones, se confirma la decisión recurrida.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia proferida por la Juez Segunda Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, el 5 de diciembre de 2022, mediante la cual condenó, por preacuerdo, al señor **LEÓN ALEXANDER ÁLVAREZ RIVERA** a la pena principal de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, en calidad de autor de la conducta de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, así como la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, negando la concesión de beneficios y subrogados penales. **SEGUNDA:** Decisión discutida y aprobada por los Magistrados que integran la Sala, en sesión de la fecha, según consta en el acta respectiva. Se informa que la decisión queda notificada por estrados y procede el recurso de casación, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes (artículo 91 de la ley 1395 de 2010).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Magistrado Ponente



CLAUDIA PATRICIA VÁSQUEZ TOBÓN
Magistrada

EN PERMISO

OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

RADICADO: 2022-00118
PROCESADO: LEON ALEXANDER ALVAREZ RIVERA
DELITO: PORTE DE ARMA DE FUEGO
DECISIÓN: CONFIRMA
ORIGEN: JUZGADO 2º PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA